

Trabajo Fin de Grado

La adaptación del régimen jurídico de la guarda de hecho de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español con respecto a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Autora:

Oana Tatiana Costea

Directora:

Marina Pérez Monge

Facultad de Derecho

Año 2019/2020

ÍNDICE:

I. INTRODUCCIÓN.....	PÁG 5
II. LA GUARDA DE HECHO, COMO PUNTO DE PARTIDA	PÁG 8
III. INCIDENCIA DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	PÁG 12
IV. GUARDA DE HECHO EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: PERSPECTIVA ESTATAL.....	PÁG 16
1. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA DE LOS DESTINATARIOS DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA GUARDA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY.....	PÁG 17
2. NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO.....	PÁG 19
3. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR: DE LA TOMA DE DECISIONES AL NUEVO MODELO DE “APOYO”.....	PÁG 20
4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GUARDA DE HECHO Y LA PERSONA DEL GUARDADOR.....	PÁG 24
4.1. Supuesto de hecho.....	PÁG 25
4.2. Actuación del guardador.....	PÁG 25
4.3. Medidas de vigilancia y control.....	PÁG 26
5. ACTOS QUE PUEDE REALIZAR LA PERSONA GUARDADA Y EL GUARDADOR.....	PÁG 27
6. EL PRINCIPIO DE NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y SUFICIENCIA EN LA FIGURA DE LA GUARDA DE HECHO....	PÁG 30
V. PERSPECTIVA DE LA GUARDA DE HECHO EN ARAGÓN.....	PÁG 31
1. GUARDADOR Y PERSONA GUARDADA.....	PÁG 32
2. RÉGIMEN JURÍDICO.....	PÁG 33
VI. CONCLUSIONES.....	PÁG 36

VII. BIBLIOGRAFÍA.....	PÁG 38
1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	PÁG 38
1.1. Libros.....	PÁG 38
1.2.Revistas.....	PÁG 38
1.3.Informes.....	PÁG 39
2. LEGISLACIÓN.....	PÁG 39
2.1. Normas internacionales.....	PÁG 39
2.2.Normas europeas.....	PÁG 39
2.3.Normas nacionales.....	PÁG 40
2.4.Normas autonómicas.....	PÁG 40
3. JURISPRUDENCIA.....	PÁG 41
3.1.Tribunal Supremo.....	PÁG 41
3.2.Audiencias Provinciales.....	PÁG 41
4. RECURSOS DE INTERNET.....	PÁG 41

LISTADO DE ABREVIATURAS:

AT: Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

Apdo.: apartado

Art.: artículo

CC: Código Civil

CCF: Código Civil Francés

CE: Constitución Española

CDFA: Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

Convención: Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Coord.: Coordinador/a

Dir.: Director/a

UE: Unión Europea

LJV: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

Núm.: número

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

Vol.: volumen

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente existen numerosas personas con discapacidad en la sociedad que, o bien están sin ningún tipo de protección, o bien son cuidadas de manera voluntaria por otras personas, pero sin protección legal. Ante esta situación, que cada vez es más frecuente en España, es relevante la institución de la guarda de hecho. Para que exista la guarda de hecho es necesario que una persona se encargue del cuidado de alguien en quien pueda concurrir causas de incapacitación, pero sin contar con ningún nombramiento judicial al efecto.

La protección de la guarda de hecho para personas con discapacidad se puede observar incluso en la Constitución Española (en adelante, CE), concretamente, en los artículos 39 y 49, ya que se señala que “los poderes públicos deberán realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título [...]”.

En el estudio presente nos centraremos en las personas que sufren o puedan sufrir alguna posible discapacidad psíquica, es decir, que tienen limitada su capacidad de autogobierno y, por la especial vulnerabilidad a la que están expuestas, el ordenamiento debe garantizarles un mecanismo de protección eficaz. No obstante, a título ejemplificativo expondré la situación de la guarda de hecho en las personas mayores con discapacidad que, considero, es el supuesto que más utiliza la institución de la guarda.

En el contexto expuesto se producen diversas circunstancias que exigen un estudio en detenimiento, resaltando las adaptaciones propuestas en el ordenamiento jurídico español, tanto desde el punto de vista estatal, como respecto a nuestra Comunidad Autónoma, para también expondré algunas deficiencias que sigue teniendo actualmente el ordenamiento y que se intentan paliar con los Anteproyectos de Ley¹.

A pesar de que esta institución daría solución a “numerosos gritos silenciosos” de un sector de la población, el Código Civil (en adelante, CC) solo

¹ Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad y Anteproyecto de Ley de Derecho de la Persona.

contempla tres artículos referentes a esta figura. Es una regulación escueta, con imprecisiones y que genera desconfianza en su práctica.

En contraposición a la limitada regulación de la guarda de hecho en el CC, con la aprobación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, se obtiene un mayor reconocimiento de la guarda de hecho, ya que, permite al guardador una serie de facultades respecto al patrimonio, herencia o pensiones del sujeto con discapacidad. La Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) u otras leyes, como la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, favorecen al reconocimiento y utilización de esta figura.

Ante esta situación, mi objetivo es ofrecer un acercamiento a la figura de la guarda de hecho de las personas con discapacidad, presentar las cuestiones mejorables y ofrecer una perspectiva tanto estatal como aragonesa.

Comienzo la memoria ofreciendo un contexto general de la guarda de hecho y haciendo alusiones de una forma muy breve a su historia, desde sus inicios hasta la actualidad.

En el tercer apartado, expongo los cambios normativos que han desembocado tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español. Seguidamente analizo la incidencia de la Convención de las Naciones Unidas en la guarda desde la perspectiva estatal, la naturaleza y el ámbito de aplicación de la guarda de hecho, el régimen jurídico de la guarda y analizo los actos que pueden llevar a cabo la persona guardada y el guardador.

En cuarto lugar, analizo los cambios normativos que conllevó la Convención en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma. Y, por último, formularé las conclusiones.

En cuanto a la razón de la elección del tema, mi interés en el tema objeto de este trabajo proviene del aumento de la población en España que sufre discapacidad y que, normalmente, este aumento es debido al proceso de envejecimiento de la sociedad².

² ABELLÁN GARCÍA, A., «Un perfil de las personas mayores en España, 2019. Indicadores estadísticos básicos», Informes Envejecimiento en red nº 22, consultado por última vez el 23 de mayo de 2020 en <http://envejecimientoenred.es/un-perfil-de-las-personas-mayores-en-espana-2019-indicadores-estadisticos-basicos/>.

Es decir, aunque una persona puede sufrir una discapacidad en cualquier momento de su vida, el aumento de las personas con discapacidad está relacionado con el aumento de las personas mayores de 65 o más años y, por ello, en el desarrollo de la presente memoria pondré como ejemplo las personas mayores con discapacidad.

El supuesto más común que refleja mi elección del tema es el aumento del número de personas mayores que sufren una discapacidad, por la cual no pueden atender a su propio interés, sin embargo, no acuden a mecanismos de protección legal, sino que confían en los cuidados de familiares, amigos, centros de residencia, vecinos... Ante esta situación, la guarda de hecho tiene un papel fundamental, ya que nos ofrece una solución ante el aumento de la población envejecida que existe en España desde los últimos años.

Dicha población normalmente sufre enfermedades que limitan su capacidad de autogobierno, que rige su vida en todos los aspectos (social, patrimonial, político, etc.) y que, ante esta situación, el ordenamiento debe velar por la protección de los intereses personales y patrimoniales de dichas personas. El caso más extendido es el de las personas mayores de edad con Alzheimer.

También despertó interés en mí a la hora de elaborar el trabajo la impresión del desconocimiento general de la población respecto del Derecho, incluso podría argumentar que observo un cierto rechazo a afrontar las cuestiones jurídicas del día a día de la población. Este desconocimiento provoca que la población no vea en el Derecho un sistema de protección para sí misma, sino más bien lo contrario.

Por último, también me suscita interés cómo una institución tan importante tiene una regulación tan escueta en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la metodología, la principal que he utilizado para el trabajo a realizar es la documental, consultando la legislación civil, tanto estatal como aragonesa sobre la guarda de hecho en personas con discapacidad, así como jurisprudencia y doctrina que sientan las bases sobre las lagunas o dificultades que se derivan de la legislación. También he acudido a diversos libros que incluyo en el apartado de bibliografía, así como revistas de Derecho Civil. Para ofrecer un punto de vista más completo, desde el punto de vista de Derecho Comparado, he consultado la legislación internacional, como sería la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la legislación europea.

Primeramente, he realizado una labor de investigación de fuentes jurídicas tanto en libros, como en revistas, artículos de autores especializados en la materia... para poder tener una base y un conocimiento lo más completo posible y, así, poder realizar una mejor memoria.

Una vez recopiladas las fuentes, he estructurado el trabajo de tal forma que, primeramente, quise dar un panorama general de la guarda de hecho, de su recorrido a lo largo de la historia e ir de lo más genérico al problema que hoy analizamos: su transformación tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la adaptación al ordenamiento jurídico español. Me he centrado en normativa estatal, en el Código Civil y su relación con el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, con cierta atención en la normativa internacional, europea y asimismo en el Código del Derecho Foral de Aragón.

Tras ofrecer un contexto general, he pasado a analizar la incidencia que tuvo la Convención de 2006 en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

Finalmente, termino la memoria con las conclusiones que considero pertinentes y una relación de la bibliografía y la jurisprudencia empleada para la realización del presente trabajo.

II. LA GUARDA DE HECHO, COMO PUNTO DE PARTIDA

La guarda de hecho no tiene una definición legal, aunque se viene definiendo por parte de la doctrina como aquella institución con intención de regular jurídicamente a aquellas personas que desarrollaban funciones tuitivas, careciendo de nombramiento judicial al respecto. Las funciones de la guarda y custodia las realizará un tercero, que satisface las necesidades de la persona con discapacidad, de forma voluntaria y sin ningún régimen legal³.

³ SANTOS URBANEJA, F., «La guarda de hecho», consultado por última vez el 26 de junio de 2020, en https://www.faisem.es/wp-content/uploads/2013/11/50_LA_GUARDA_DE_HECHO.pdf, p. 21.

La guarda de hecho es una institución que ha existido desde tiempo muy remotos, pero que ha venido experimentando una evolución notable a partir del año 2000.

SANTOS URBANEJA expone que “la institución de la guarda de hecho es tan antigua como el hombre pues en todo tiempo han existido personas desvalidas que han sido cuidadas y amparadas por otras de modo espontáneo y natural, sin haber sido formalmente investidas de la condición de tutor”.

Como antecedentes y, aunque no se pueda hablar propiamente de la guarda de hecho, este tipo de tutela ya era una realidad en el Derecho Romano. Era un fenómeno corriente de la vida jurídica de las personas, existiendo tres modos de referirse a la tutela: tutela testamentaria, legítima y dativa. La tutela testamentaria existía cuando el paterfamilias nombraba en su testamento un tutor para que éste asistiera a sus hijos impúberes y a las mujeres. Asimismo, la tutela legítima fue aquella que por ley se le otorgaba al agnado varón más cercano del hijo impúber o a falta de éste a los gentiles, siempre y cuando no existiera la anterior tutela⁴. La tutela dativa fue el nombramiento del tutor efectuado por el pretor, en los casos en los que faltaba el tutor legítimo o testamentario⁵.

No obstante, el momento más relevante es la codificación, que se produce en el S.XIX en el Código Civil Francés (en adelante, CFF). El art. 395 del CCF de 1804 regulaba el ejercicio de las funciones del tutor por quien carece de potestad legal correspondiente. En el Código francés, a la persona del guardador se le aplicaban las obligaciones propias del tutor, es decir, a través de un mandato realizaba una gestión de negocios ajenos. También se recogía la protección de la figura del guardador y se establecía la ineficacia de lo actuado por parte del tutor, salvo en los actos estrictamente conservativos del patrimonio del afectado.

En el Derecho Español, la redacción originaria del CC no regulaba esta figura, centrándose más bien en normas de tutela o gestión de negocios ajenos. No fue hasta el año 1977 cuando aparece la figura de la guarda de hecho en un proyecto de reforma de los preceptos del CC relativo a la tutela.

⁴ Derecho Romano: la Tutela y Curatela, Derechos Reales y Servidumbres, consultado por última vez el 22 de junio de 2020, en <https://www.monografias.com/trabajos88/derecho-romano-tutela-curatela/derecho-romano-tutela-curatela.shtml>.

⁵ La tutela y la curatela en el Derecho Romano, consultado por última vez el 24 de junio de 2020, en <https://derechouned.com/historia/romano/9654-la-tutela-y-la-curatela-en-derechoromano>.

En este mismo proyecto se indicaba que “es una verdad incontrovertida que, estadísticamente y hasta el presente, la inmensa mayoría de los casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación, eran y son desempeñadas, de hecho, por quienes no tienen la consideración legal de tutores [...]”⁶.

El art. 312 del *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela* de 1997 establecía que “tan pronto como la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, deberá de oficio requerirle para que rinda cuentas generales de su actuación en orden a la persona y bienes del tutelado, así como proceder a su constitución de la correspondiente institución tutelar, con las normas de este Código”.

Finalmente, en el año 1983 se introduce en el CC, con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, la guarda de hecho, aunque no se menciona la distinción entre la guarda de menores ni de los incapacitados, sino que simplemente define la guarda como una actividad de protección transitoria y provisional. Era una realidad abocada a desaparecer, para ser sustituida por las figuras tuitivas del art. 215 CC, siendo la tutela, la curatela o el defensor judicial⁷. Se regulaba la guarda de hecho en tres artículos: 303, 304 y 306.

El primero de ellos muestra la desconfianza que generaba la figura del guardador, ya que establece que “[...] cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos [...]”. Esta desconfianza que gira en torno a esta institución se puede observar hasta la actualidad.

Asimismo, se configuró como una medida provisional, en defecto de la tutela y coZ<n la obligación de incoar la incapacitación de la persona. Este hecho se puede observar cuando se señala que “*sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228...*”, es decir, se recalcaba el papel provisional de la guarda de hecho, ya que lo procedente y obligado era privar de capacidad al sujeto (art. 203) y, en su caso,

⁶ RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., «La guarda de hecho, personas mayores. Vida independiente y soluciones jurídicas», consultado por última vez el 24 de junio de 2020, en http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=a9379691-becb-4a8f-9005-88f611e57002&groupId=10228.

⁷ DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.V. (dirs.), en *Claves para la Adaptación del Ordenamiento Jurídico Privado a la Convención de Naciones Unidas en Materia de Discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 289.

nombrarle a un tutor (art. 208). Este artículo actualmente se encuentra derogado y con la adaptación de nuestro ordenamiento se pretende omitir el carácter provisional.

El art. 304 del CC, que sigue en vigor, recoge que “los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”. Es decir, regula el régimen de validez de los actos del guardador, los supuestos que podrían estar sujetos a anulabilidad, su retribución...

El último artículo, que también sigue en vigor, establecía que “será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor”. Es decir, el guardador tiene la posibilidad de solicitar una indemnización por los gastos derivados de su actuación.

El objeto de la inclusión de la guarda de hecho en el CC, como defiende DE PABLO CONTRERAS, era atender a situaciones fácticas todavía no resueltas por el ordenamiento sometiendo las mismas a un control judicial, pero siempre en interés de la persona con discapacidad. No obstante, aunque tuvo como finalidad ofrecer una mayor protección a la guarda de hecho, seguía siendo la tutela y la curatela la solución definitiva a estas situaciones.

Ya en los años 2000, tiene una gran importancia la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria, así como la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Ya en la actualidad, en el plano estatal, la guarda de hecho actualmente posee una muy escueta regulación en el CC, constando de tres únicos artículos, y con un único artículo en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Por todo ello, conviene hacer hincapié en la necesidad de reformar el CC, por la importancia que tiene esta institución en el contexto social que vivimos.

III. INCIDENCIA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El Anteproyecto de Ley procede a la necesaria adaptación de nuestro ordenamiento jurídico, tras la firma de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta Convención tiene por objetivo promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad⁸.

No obstante, su transposición al ordenamiento jurídico español resultó incompatible con numerosas normas, que fue necesario reformar. A título ejemplificativo, una de las leyes que se tuvo que reformar fue la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Protección de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, además de los artículos del CC referentes a incapacidad e incapacitados.

El problema es que queda sin regular la discapacidad intelectual. El art. 248 del Anteproyecto señala que las personas mayores de edad que precisen medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica constituyen el objeto de regulación, para que, a través de estas medidas, puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad en relación con el resto de la sociedad⁹.

Las personas que sufren discapacidad tienen plena capacidad jurídica, no obstante, pueden tener dificultad para el ejercicio de la misma, que comúnmente se llama capacidad de obrar. También, se debe añadir que, en el plano tanto social como legal, ha habido una tendencia a la marginalización de las personas que sufren algún tipo de discapacidad intelectual.

En relación con esta tendencia a la marginalización, la STS de 29 de abril de 2009 cita que al enfermo psíquico se le debe ofrecer un sistema de protección idóneo, y no uno de exclusión o marginación, ya que el objetivo principal de la Convención es el

⁸ Art.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta Convención y su Protocolo Facultativo fueron ratificados por España el 23 de noviembre de 2007, pero entraron en vigor el 3 de mayo de 2008. Fue ratificado por el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

⁹ MAGARIÑOS BLANCO, V., «Comentarios al Anteproyecto de ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 199-225.

de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. Es decir, la protección de estas personas se hace desde un punto de vista subjetivo, y no objetivo, en cuanto a su interés. La voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad prevalecen sobre el interés de éstas.

La misma Convención obliga a tener en cuenta la opinión y preferencias de la persona con discapacidad en el proceso de toma de decisiones que les afectan, o que se le den entrada en determinados momentos de los procesos relativos a su guarda legal. El art. 12.4 habla de exigencias de celeridad y preferencia en las comparecencias o audiencias. Aunque ha sido frecuente que los órganos judiciales hayan considerado necesario dar voz a la propia persona con discapacidad en los procesos judiciales que le afectaban, de manera que se le permite adoptar su decisión. En esta misma línea, la LJV promueve que la persona con discapacidad sea oída en comparecencia para lo que a su derecho convenga.

Por todo ello, el art. 248 apdo. 3 del Anteproyecto señala que “las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias”.

En conclusión, sólo prevalecerá el interés de la persona con discapacidad cuando no pueda expresarse ni constituirse su voluntad y, en caso de colisión del interés de la persona con discapacidad y el interés de otras personas, tendrá primacía el interés de la persona con discapacidad¹⁰.

Respecto a la idea de la incapacidad como estado civil, la Convención declara que la discapacidad no puede ser considerada ya un estado civil, porque las personas con discapacidad no pueden ser percibidas como un grupo determinado¹¹. Por lo que, se pasa del término “estado civil de incapacidad” a “una situación de prestación de apoyo”. La necesidad de apoyo se refiere a decisiones patrimoniales, personales, sociales, de salud, de vida independiente o de cualquier otra índole.

¹⁰ PAU, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 5-28.

¹¹ No obstante, se sigue utilizarse el término “grupo de personas” en sentencias como, por ejemplo, en la STS de 29 de abril de 2009.

Por último, y dada la importancia que tiene la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 12), considero necesario destacar los principios que subyacen en ella y en su proyección en la reforma, siendo:

- Principio de supremacía del interés de la persona con discapacidad.
- Principio de no discriminación por razón de su discapacidad.
- Principio de respeto de las decisiones personales de dichas personas.
- Principio de proporcionalidad de las medidas legales o judiciales.
- Principio de temporalidad.
- Principio de revisión necesaria.
- Principio de apoyo desinteresado y leal¹².

Para la transposición de estos principios en el Anteproyecto, procedo a explicar el desarrollo de los criterios de la reforma.

1. La autorregulación de la discapacidad se produce por tres medios: la escritura de las medidas de apoyo sobre la persona y sus bienes (art. 251 AT), los poderes preventivos (Capítulo II AT) y la autotutela (art. 270 AT).

Por ejemplo, el art. 270 señala que “la propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la tutela. No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, [...] y siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones”.

2. También existe una preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación, pudiéndose ver en diversos artículos como el art. 248 apdo. 2 o en el art. 251 del Anteproyecto cuando establecen que “*solo en defecto o insuficiencia de las medidas de apoyo voluntarias...*”. No obstante, ambas medidas pueden coexistir si las medidas de autorregulación fueran insuficientes.

¹² PAU, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 5-28.

3. Por otro lado, la autorregulación no está sometida a un control judicial previo, sino que sólo existe la posibilidad de un control posterior. Además, el guardador de hecho podrá realizar actos representativos concretos a través de autorizaciones judiciales concretas, sin necesidad de un procedimiento judicial previo para la determinación de apoyos, sino que basta con una autorización judicial.
4. Según el art. 261, “cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial [...]. Esta le podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad [...]. La autorización judicial podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo”. Es decir, la guarda de hecho no debe quedar caracterizada por el control, sino que debe ser una libre actuación del guardador, salvo para la realización de actos jurídicos representativos, que requerirá autorización judicial para llevarlos a cabo.

El procedimiento judicial para determinar si la persona con discapacidad necesitará apoyo solo podrá acabar en una resolución judicial para determinar en qué actos la persona necesita apoyos, pero no supone una privación de derechos, ni personales, ni patrimoniales o políticos. Además, en este procedimiento deben intervenir profesionales del ámbito jurídico, sanitario y asistencial

Las medidas de apoyo pueden ser de dos tipos: preventivas o reactivas¹³. Las medidas preventivas se basan en la voluntad de la persona, es decir, el interesado prevé que en el futuro necesitará de apoyo. Por lo tanto, son medidas voluntarias, tomadas por el interesado. Las medidas reactivas son *ex post*, es decir, una vez constatada la necesidad de apoyo, y solo existen si el interesado no ha previsto nada al respecto.

¹³ GARCÍA RUBIO, M. P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 29-60.

No obstante, las medidas judiciales de apoyo que se tomen deberán quedar sujetas a una revisión periódica, siendo posible su modificación o extinción (art. 266 AT).

5. Asimismo, el apoyo judicial que se le proporciona a la persona con discapacidad ha de hacerse a través de la curatela, siendo una institución de guarda. Según el grado de discapacidad que sufra la persona, la autoridad judicial constituirá una curatela asistencial o, excepcionalmente, una curatela representativa (art. 274).

Esto se debe a que la nueva regulación de la asistencia tiene como meta adecuar con la mayor precisión posible el apoyo a las necesidades de las personas con discapacidad, de manera que exista una correlación entre la protección y la necesidad de protección, siempre respetando la voluntad y las preferencias de la persona en cuestión. Por ello, la curatela será una institución de apoyo exclusiva para las personas con discapacidad, eliminándose de este ámbito las figuras de la patria potestad prorrogada, rehabilitada y la tutela.

6. La actuación del curador debe respetar la voluntad de la persona con discapacidad. El respeto integra su voluntad, deseos y sus preferencias (art. 280 AT).

IV. GUARDA DE HECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: PERSPECTIVA ESTATAL

La guarda de hecho es una institución jurídica de apoyo que cumple un papel esencial, no sólo como asistencia en los actos ordinarios de la vida de las personas, sino también para facilitar a la persona el efectivo ejercicio de sus derechos, ya que es el objeto de las medidas de apoyo de esta institución.

Tal y como señala FÁBREGA RUIZ, “la figura de la guarda de hecho no es una mera entelequia doctrinal, sino que tiene gran trascendencia en la vida diaria y en un enorme impacto en la vida personal, familiar y social”¹⁴.

1. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA DE LOS DESTINATARIOS DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA GUARDA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY

El artículo 1 de la Convención define que “las personas con discapacidad son aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Aplicando este concepto al ordenamiento español, se puede hacer una aproximación de los destinatarios de esta reforma desde una perspectiva amplia y otra más estrictamente jurídico-técnica. Desde la perspectiva amplia se entiende que una persona sufre discapacidad cuando afecta a su capacidad para tomar decisiones. Por ello, todas las personas somos susceptibles de sufrir una discapacidad, necesitando una ley que nos proteja como mejor nos convenga y se adapte mejor a las preferencias, exigencias y eventualidades de cada uno de los posibles destinatarios.

La segunda aproximación es la que se refiere al artículo 1 de la Convención, es decir, el Anteproyecto va dirigido a las personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, en definitiva, a las personas con discapacidad.

No obstante, esta terminología engloba términos demasiado amplios o genéricos, ya que, el término discapacidad es un concepto muy amplio. Por esta razón el Anteproyecto opta por la terminología de las últimas reformas dentro de la Unión Europea (en adelante, UE). Se debe que dejar claro quiénes son los destinatarios de esta regulación y, por ello, es conveniente acudir al Derecho Comparado para observar cómo han adaptado la Convención a su ordenamiento jurídico. En Irlanda se define estos destinatarios como las personas que requieren asistencia en el ejercicio de su capacidad para tomar decisiones¹⁵. La inclinación del Anteproyecto hacia este tipo de concepto se

¹⁴ FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces y Fundación Aequitas, Madrid, 2006, p. 1.

¹⁵ *Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015, Number 64 of 2015*.

debe a que las medidas de apoyo del mismo no van dirigidas a las personas con discapacidad en general, sino que se dirigen a procurar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que tienen afectada su capacidad para tomar decisiones.

En Derecho extranjero, la Ley irlandesa, además, explica que la capacidad para tomar decisiones es la habilidad para entender la naturaleza y las consecuencias de las decisiones que se toman. También recoge una enumeración de los supuestos en los que se considera que la persona no tiene capacidad para tomar sus decisiones, y es cuando no puede entender la información relevante para tomar la decisión, cuando no puede retener la información, valorarla o comunicarla¹⁶.

Una vez resuelta esta cuestión, el siguiente punto a analizar es la denominación de la persona que necesita una medida de apoyo. La ley irlandesa hace alusión a una persona relevante o pertinente (*relevant person*), el Código civil francés utiliza el concepto de adulto protegido (*majeur protégée*), mientras que el Código civil suizo habla de la persona concernida¹⁷. Tomo como ejemplo estas normas porque el contexto de éstas está tan bien definido que no hace falta emplear ningún adjetivo para designarla. No es necesario precisar con otros detalles la terminología consagrada por los textos europeos para evitar impresiones y no inducir a confusión.

Volviendo al Anteproyecto de Ley español, los destinatarios de éste son las personas con discapacidad. No obstante, considero que esta terminología debería definirse mejor, ya que, como he dicho, es un concepto muy amplio y general. Las personas con discapacidad siguen siendo titulares del derecho para la toma de sus propias decisiones. No obstante, el mayor desafío que debe hacer frente el Anteproyecto es situar la voluntad y preferencia de las personas en el eje del sistema de todas las instituciones de apoyo, impliquen o no representación. En los casos que impliquen representación, como es el supuesto de la guarda de hecho, aparece la figura del guardador de hecho.

El Anteproyecto reconoce que será necesario que el guardador de hecho, en determinadas situaciones, represente a la persona con discapacidad, presentando

¹⁶ *Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015 part 3. «(9) Definitions (10) Decision-making assistance agreement (11) Person who are not eligible to be decision-making assistants».*

¹⁷ PEREÑA VICENTE, M., «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 61-83.

mecanismos para acreditar la representación y poder llevar a cabo su función de manera legítima.

Por último, los principios que rigen en el Anteproyecto son los de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad.

2. NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO

Aún hoy en día se debate sobre la naturaleza de la guarda de hecho. Algunos autores consideran la guarda de hecho como una verdadera institución, mientras que otros la valoran como una mera situación de hecho.

En cuanto al concepto de la guarda de hecho, LESCANO FERIA defiende que más allá de este debate, lo importante es definir sus características. La verdadera guarda de hecho responde a la atención de unos intereses que se encuentran desde siempre arraigados en la sociedad, donde existe una ausencia de deberes de protección y custodia por una persona sin título que la habilita y donde hay una inexistencia de un deber legal para ejercer esta protección. Una frase para destacar de esta autora es la siguiente *“no es una situación propiamente de tutela jurídica, pero es una situación jurídica protegida”*¹⁸.

No obstante, el Anteproyecto dio por terminada esta discusión, cuando en su Exposición de Motivos señaló que la guarda de hecho se convierte ya en una institución jurídica de apoyo propiamente y, así, deja de ser provisional. Que deje de ser provisional era necesario, ya que la guarda de hecho es habitual que se utilice por ancianos que padecen enfermedades degenerativas que persisten y se agravan hasta su fallecimiento. Por lo tanto, no tiene sentido que se hable de una guarda provisional.

Aunque se acaba con su carácter provisional sigue siendo una institución de hecho, ya que no precisa de investidura judicial formal ni de un poder específico para su ejercicio, pero ello no impide que tenga su origen en un mandato de la persona que

¹⁸ LESCANO FERIA. P.A., *La guarda de hecho*, Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, 2017, p. 34: “La auténtica guarda de hecho responde a la atención de unos intereses que se encuentran desde siempre arraigados en la sociedad. La figura nace extramuros de la ley, pero ésta le confiere unos determinados efectos jurídicos de manera retrospectiva para que el sujeto sometido a guarda no quede perjudicado o desprotegido. No es una situación propiamente de tutela jurídica, pero es una situación jurídicamente protegida”.

necesita de dicha institución en un momento en que tuviera capacidad para poder hacerlo. No obstante, esta idea la analizaré en el apartado IV.

Si después pierde la capacidad de tomar decisiones, el mandato pasa a convertirse en guarda de hecho si la persona continúa tomando las mismas decisiones de que antes le encargaba el mandante o cuando se asuma otras funciones de apoyo y protección diferentes al mandato.

En este contexto surge la duda de si la guarda de hecho puede existir cuando ya existía previamente otra medida de protección. La respuesta se encuentra en el art. 249 AT, que define al guardador de hecho como la persona que ejerce el apoyo de otra persona con discapacidad sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando efectivamente. Es decir, puede existir la guarda, aún cuando existan otras medidas, pero tienen que ser ineficaces. Por ejemplo, un curador que no cumple correctamente su función. Pero si existieran medidas de apoyo aplicadas eficazmente, se excluiría *per se* la aplicación de la guarda de hecho¹⁹. Esto se debe a que la guarda cubre toda la esfera personal y patrimonial de la persona con discapacidad.

3. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR: DE LA TOMA DE DECISIONES AL NUEVO MODELO DE “APOYO”

El sistema vigente del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil identifican que la labor realizada por el guardador, tanto en funciones de representación como en cuanto a su asistencia, es un complemento de la persona guardada en el momento de toma de decisiones. Este sistema no es acorde con la Convención de 2006, ya que se debe considerar que la sola presencia de una enfermedad o deficiencia no sea necesariamente causa de modificación de la capacidad de obrar. Procedo a explicar esta idea.

El artículo 12 de la Observación General nº 1 del Comité de los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas establece que las personas con discapacidad tienen derecho a la capacidad jurídica, es decir, tienen derechos y obligaciones ante la ley y son responsables de sus actos. Los casos que engloba la

¹⁹ DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.V. (dirs.), *Claves para la Adaptación del Ordenamiento Jurídico Privado... cit.* p. 300.

guarda de hecho no suponen una modificación de la capacidad jurídica, sino que es una prestación de los apoyos necesarios para cooperar con la voluntad del individuo, que libremente ha formado, no suplirla ni complementarla.

Pero el Anteproyecto hace referencia a esta idea de que la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercerlos, haciendo una distinción entre la titularidad y el ejercicio de la capacidad jurídica, porque son conceptos distintos y no se pueden confundir.

En otras palabras, se debe diferenciar entre capacidad jurídica del concepto de ejercicio de la capacidad jurídica (o, como tradicionalmente se denominaba, capacidad de obrar). La capacidad jurídica es aquella capacidad que nos permite ser sujetos de derechos y obligaciones y respecto a ella no se pueden adoptar medidas de apoyo. La capacidad de obrar es la habilidad que nos permite comprender los hechos y el significado de nuestro propio comportamiento²⁰. Solo quien no tenga la habilidad de comprender las consecuencias de sus propios actos, será una persona con discapacidad (psicosocial e intelectual), ya que no serán capaces de comprender las consecuencias de determinadas acciones o valorar las consecuencias razonablemente previsibles de diferentes opciones. La idea central es la racionalidad de la decisión tomada por una persona²¹.

Así, la Sentencia 28/2005, de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 18 de enero de 2005 recoge el caso de una persona que pretende la incapacitación de su tía (María Purificación). La misma sentencia dispone que “no concurre, pues, el segundo requisito que la Ley exige para limitar la capacidad de la persona - pérdida de autogobierno-, de donde debe seguirse que, disponiendo D^a María Purificación de una conciencia suficiente de su situación y actuación, en la que los padecimientos físicos o psíquicos informados no tienen ninguna incidencia decisiva, no cabe declarar su incapacidad, ni siquiera la parcial, pues estando acreditado que la supuesta incapaz mantiene sus capacidades intelectivas y volitivas y que dispone de capacidad para decidir quién le ayuda en sus limitaciones físicas, ni cabe mantener la declaración de incapacidad realizada en la instancia, que respondió a una situación que luego se ha demostrado transitoria, pasajera o en cualquier caso superada, ni cabe efectuar la que

²⁰ MONTSERRAT PEÑA VICENTE, «La transformación...» *cit.*, p. 16.

²¹ Informe de la Comisión por los Derechos Humanos: *¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*, Estrasburgo, 2012, p. 13.

con los expresados temperamentos propone el Ministerio Fiscal, dice que con regularización en tal caso de la guarda de hecho que viene ejerciendo D. José Enrique, sobrino de la demandada, pues es claro que con ello se limitaría la libertad de decisión de esta última cuando no concurren los presupuestos que la Ley exige.”

En el caso de ejercicio de la capacidad de obrar sí se pueden tomar medidas de apoyo que se consideren pertinentes para las personas con discapacidad, siempre que no afecten a la capacidad jurídica, es decir, a la titularidad de sus derechos y obligaciones. El que se puedan adoptar medidas de apoyo no significa que se contradice el defender la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Ante esta idea, la Convención considera que la distinción entre la capacidad jurídica y la de obrar no tiene sentido ni justificación, siendo adecuados los mecanismos de apoyo que garantizan a la persona que sufre discapacidad su plena capacidad para realizar cualquier acto o negocio jurídico en igualdad de condiciones que los demás²². Tal y como señala la STS 282/2009, de 29 de abril de 2009, el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y la incapacitación es sólo una forma de protección (art. 200 CC y art. 760.1 LEC). Además, cito, “la incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.

Por todo ello, ya no es correcto hablar de persona incapacitada o proceso de incapacitación, porque la capacidad jurídica se tiene por el hecho de ser persona y no se podrá restringir ni modificar. Así, la persona guardada deberá recibir apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Estos apoyos pueden adoptar diferentes modalidades, apoyos en decisiones personales, patrimoniales, sociales...

Tanto por la Convención, como por sentencias (por ejemplo, la STS 421/2013, de 24 de junio), se pueden definir los apoyos o la asistencia prestada a la persona guardada como “supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en

²² “La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de ahí, proporcionando los mecanismos de apoyos adecuados, garantiza a la persona con discapacidad, su plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico”. Para el *status quaestionis* sobre este punto, cfr. García Pons, Antonio, *cit.* 72-80 y doctrina allí citada y Martínez de Aguirre Aldaz, *cit.* pp. 33-46.

aquellos que afectan a la persona, que garantizan su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, rigiendo en todo caso el principio del interés superior de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad”²³. No obstante, la reciente jurisprudencia aboga por la flexibilidad, pudiendo mezclarse funciones de representación y asistencia, siempre de acuerdo con las necesidades de la persona.

La actuación de apoyo se centra en la emisión de la declaración de voluntad de la persona con discapacidad, si bien, con mecanismos que nos permitan conocer y respetar la voluntad de la persona. Además, la prestación de apoyos no puede limitarse al momento de la declaración de voluntad, sino que se debe observar también en el proceso previo a la toma de decisiones.

De hecho, no hay que olvidar que la misma Convención obliga a atender a la opinión y preferencia de dichas personas en la toma de decisiones que llevan a cabo, así como que se garantice la celeridad y preferencias en las comparecencias o audiencias. En España este concepto está regulado en el art. 6 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y en varios preceptos de la LJV como, por ejemplo, el art. 52. Estas obligaciones se deben a que, a menudo, los jueces no consideraban necesario oír a la propia persona con discapacidad en los procesos que les afectaban, de manera que adoptaban una decisión para su protección, sin atender a la información que podrían ofrecer dichas personas.

Pero, ¿y si el interesado se opone a recibir estos apoyos? De entrada y, respetando el art. 12.3 de la Convención, parece que prima el respeto a la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad y se podría prescindir del apoyo, asumiendo el riesgo de equivocarse, ya que se deben respetar sus deseos. No obstante, ni el CC ni la LJV nos ofrecen una respuesta concreta ante este supuesto ni ante el caso en los que quien tiene que prestar su asistencia o complemento de capacidad no quiere hacerlo porque no está de acuerdo con el deseo o la voluntad de la persona guardada.

²³ DE SALAS MURILLO, S., «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención», consultado por última vez el 4 de junio de 2020, en https://www.researchgate.net/publication/328688525_Significado_juridico_del_apoyo_en_el_ejercicio_de_la_capacidad_juridica_de_las_personas_con_discapacidad_presente_tras_diez_anos_de_Convencion.

En último término, y para solucionar estos dos problemas, se podrá invocar el art. 12.4 de la Convención. Otra solución que nos ofrece DE SALAS MURILLO es configurar el apoyo como si fuera un dictamen preceptivo, pero no vinculante, para que así fuera más respetuoso con el derecho a decidir con apoyos, aunque fuera más difícil en la práctica llevarlo a cabo²⁴.

4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GUARDA DE HECHO Y LA PERSONA DEL GUARDADOR

La regulación de la guarda de hecho es muy breve y, es por ello, que el Anteproyecto prevé una regulación más completa y extensa de la actual. Lo que se pretende es solventar las lagunas de la vigente ley, porque las mismas han abierto el debate de si es aplicable o no la regulación de la curatela supletoriamente. Además, el Código Civil tampoco aclara quién puede ser guardador de hecho, cuáles son las funciones concretas del guardador... desembocando en numerosos problemas prácticos.

El Anteproyecto no remite expresamente que, en caso de lagunas, se acuda a la institución de la curatela, no obstante, tampoco lo prohíbe expresamente. Esta falta de remisión provoca dudas sobre qué criterio tiene que guiar al guardador a lo largo de su ejercicio. No existe regulada una actuación estándar, pero obligatoriamente el guardador de hecho deberá tomar decisiones en representación de la persona con discapacidad. Estas decisiones no tienen que ser muy significativas (económica o jurídicamente), pero pueden tener un importante impacto en la vida de la persona y, además, no se necesitará consentimiento para cada acto o negocio jurídico concreto (art. 249 AT).

En este contexto, se observa que es necesario que se pueda aplicar el art. 280 AT, relativo al ejercicio de la curatela, también a la guarda de hecho una vez que ha intervenido la autoridad judicial para autorizar algún acto del guardador. Este artículo es importante porque podemos extraer un estándar de actuación: obligación de prestar apoyo a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias, así como la obligación de procurar que la misma pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.

²⁴ DE SALAS MURILLO, S., «Significado jurídico...» cit., p. 26.

Aunque estamos ante una cuestión debatida, porque no está claro si este artículo se puede aplicar a los guardadores.

4.1. Supuesto de hecho

Es preciso que la persona guardada deba tener una discapacidad que le genere una dificultad para tomar decisiones. Si no existe la dificultad en la toma de decisión no estamos ante la guarda de hecho, sino ante un posible mandatario, apoderado o un asistente personal.

4.2. Actuación del guardador

El guardador no está investido de un cargo, es decir, no tiene legitimación ni legal ni voluntaria para poder actuar en el tráfico jurídico en representación de la persona guardada²⁵. Por ello, suele actuar dentro del ámbito personal, de cuidado y la asistencia necesaria, aunque se pueden incluir los actos de administración ordinaria del patrimonio de la persona guardada.

El guardador no podrá realizar actos de disposición del patrimonio de la persona con discapacidad en ningún caso (art. 261 AT), ni tampoco de gravamen, ya que la actuación del guardador no puede exceder de la mera administración ordinaria. El mismo art. 261 expresa que cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, el guardador solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizar a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. La autorización judicial podrá concederse para un acto o para un conjunto de actos, sin que pueda excederse la administración ordinaria o las funciones de apoyo.

Respecto al régimen de la actuación del guardador en el ámbito personal, se deberá recabar autorización judicial en todo caso para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando ésta no pueda prestarlo.

²⁵ DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.V. (dirs.), *Claves para la Adaptación del Ordenamiento Jurídico Privado...* cit. p. 302.

En el Anteproyecto se observa que el criterio del juez para conceder o no la autorización al guardador es el de necesidad, sin tener en cuenta la voluntad y preferencias de la persona guardada. No obstante, actualmente en el derecho vigente, este problema se resuelve con la nueva redacción del art. 52 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, que determina que el juez podrá requerir al guardador que informe de la situación de la persona con discapacidad y de sus bienes.

Volviendo al art. 261 del Anteproyecto, se establece que no se necesita autorización judicial cuando el guardador realice actos jurídicos sobre bienes que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar para la persona guardada.

Esta segunda cuestión plantea problemas de interpretación. En primer lugar, no se sabe si se refiere sólo a actos de administración o también de disposición, porque si sólo se refiriera a actos de administración no sería necesaria esta regla, pero si se refiriera a actos de disposición éstos no los puede realizar el guardador, ni con una autorización judicial.

También plantea problemas de interpretación la siguiente frase: *“bienes que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”*, al considerar que engloba conceptos jurídicos indeterminados, pues no existe una definición clara ni determinante de lo que suponen estos bienes.

4.3. Medidas de vigilancia y control

Debido a que la guarda de hecho no nace de una investidura formal no existen medidas de vigilancia y control innatas, pero esto no quiere decir que el juez no las pueda imponer.

En primer lugar, la autoridad judicial puede requerirle al guardador que le informe o rinda cuentas de su actuación en cualquier momento (art. 263 AT). Este deber de rendir cuenta se extiende tanto a la persona como a los bienes de ésta, teniendo como límite el ámbito en el que se desarrolle la misma guarda. Parte de la doctrina está en

desacuerdo con este punto, ya que más que una facultad que posee el juez, debería ser una obligación²⁶.

En segundo lugar, el art. 261 del Anteproyecto señala que el juez podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan. La jurisprudencia reciente asume una tendencia flexibilizadora hacia la construcción de figuras que pueden mezclar funciones de representación y asistencia, según las necesidades de la persona con discapacidad²⁷. No obstante, este concepto es jurídicamente indeterminado. Algunos autores consideran que este artículo es aplicable al supuesto de enajenar un bien de la persona guardada o para realizar la partición de una herencia a la que está llamada la persona protegida.

En tercer lugar, se prevé que el juez pueda establecer todas las salvaguardas que estime necesarias para el correcto ejercicio de la figura del guardador. Estas salvaguardas pueden ser preventivas o paliativas. No obstante, el Código Civil no define qué se entiende por medidas de control y vigilancia, por ello, el juez tiene plena libertad para establecer las que considere oportunas para la protección de la persona guardada.

Es una regulación mejorable porque se obvia la consagración de salvaguardas legales o la falta de una estructura similar a la que existe en la protección en materia de menores.

Por último, no hay que olvidar que todos estos controles y salvaguardas para evitar posibles abusos por parte del guardador tienen que estar en correlación y respetar la voluntad de la persona guardada.

5. ACTOS QUE PUEDE REALIZAR LA PERSONA GUARDADA Y EL GUARDADOR

Se debe tener en cuenta que, al no existir formalidades respecto del nacimiento de la guarda de hecho (y las salvaguardas preventivas son ineficaces porque las personas con discapacidad que cuentan con medidas de apoyo anticipatorias podrán

²⁶ FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces y Fundación Aequitas, Madrid, 2006, p. 37.

²⁷ Esta tendencia flexibilizadora se puede observar incluso antes del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, con sentencias como STS 298/2017, de 16 de mayo, STS 530/2017, de 27 de septiembre o STS 597/2017, de 8 de noviembre.

contratar sin ningún tipo de limitación ni salvaguarda innata), adquiere gran importancia el régimen de impugnación de los actos o negocios jurídicos llevados a cabo por el guardador, así como el consentimiento que pueda haber prestado la persona guardada.

Respecto de los actos que puedan ser realizados por la persona guardada, ésta sigue manteniendo su total capacidad contractual, al no existir una medida de apoyo judicial. Así, las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas. Esta característica, en ocasiones, plantea problemas, ya que, los guardadores pueden ejercer cualquier tipo de influencia indebida o presión psicológica sobre la persona guardada para consentir un acto jurídico que, sin esa tara en su toma de decisiones, no habría consentido.

La capacidad contractual se mantiene intacta y los actos llevados a cabo por la persona guardada solo podrán ser impugnados por la vía judicial ordinaria alegando vicio del consentimiento y debiendo probar que en el momento en que se realizó el acto o negocio jurídico la persona ya sufría una discapacidad que afectaba a su capacidad de toma de decisiones.

Así, la nueva redacción del art. 1302 párrafo 2 y 3 del CC establece que “los contratos celebrados por personas con discapacidad previstas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar [...], podrán ser anulados por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan, o por sus herederos [...]. Si no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal”.

Sin embargo, considero que sería recomendable ampliar esta legitimación.

Una vez expuesto qué actos puede realizar la persona guardada, se debe hablar de los actos del guardador. Realmente la actuación del guardador se ha configurado de una manera bastante flexible, pudiendo éste realizar actos de protección, cuidado y atención permanente con relevancia en la esfera personal y patrimonial de la persona guardada, pero siempre atendiendo a su interés.

El art. 262 del Anteproyecto establece que los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de ésta no podrán ser impugnados si redundan en utilidad. El artículo es de escaso contenido, ya

que nada dice sobre si se tendrá en cuenta la voluntad o las preferencias de la persona guardada a la hora de atacar la validez del acto si este no le fuera perjudicial o aportasen cierta utilidad al guardado.

En este punto surge la pregunta de qué sucede cuando el guardador realiza actos que le causan un daño patrimonial a la persona guardada, si estos actos pueden ser impugnados y, en caso afirmativo, cuál sería la vía más adecuada.

Como recordatorio se debe señalar que el guardador solo podrá realizar actos de administración ordinaria. No obstante, la realidad es muy diferente. Un caso muy habitual en la práctica es que el guardador conozca el número secreto de las tarjetas de crédito de la persona guardada y retire dinero del cajero para gastos ordinarios. También es muy común que realicen transferencias, gestionen recibos, etc. y excedan así el límite legal de los actos de administración ordinaria.

Con la reforma, estos actos no serán rescindibles ni tampoco se prevé un tipo de responsabilidad específica del guardador, aun cuando los actos no se hayan realizado en beneficio de la persona guardada o, incluso, la perjudiquen desde el punto de vista patrimonial. Pero ello no quiere decir que el guardador quedara impune, ya que se aplicaría la responsabilidad del régimen general. No obstante, considero que sería recomendable que se determinara claramente la responsabilidad del guardador de hecho en caso de actuar dolosa, fraudulenta o negligentemente o se remitiera a otras figuras por analogía como, por ejemplo, la curatela. El guardador de hecho se podría enfrentar a los siguientes tipos responsabilidad civil:

- Responsabilidad del guardador por hechos realizados en perjuicio del guardado. Es aplicable el régimen de la responsabilidad civil extracontractual regulada en el art. 1902 del CC. Algunos autores entienden que se debe aplicar también a los centros asistenciales y educativos, así como, a las residencias de ancianos, basándose en la culpa “in vigilando”, aun cuando aleguen la falta de medios para la custodia del enfermo²⁸.
- Responsabilidad del guardador por los perjuicios que la persona guardada pueda causar a terceros, incluso, en aquellos casos, en que la guarda conviva con un órgano de protección legalmente constituido (art. 1093 CC). La doctrina se

²⁸ Autores como FÁBREGA RUIZ, C., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. o YZQUIERDO TOLSADA, M. Consultado en DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.V. (dirs.), *Claves para la Adaptación del Ordenamiento Jurídico Privado... cit.* p. 303.

pregunta si al guardador de hecho le es aplicable este artículo, y si se puede trasladar la responsabilidad del tutor al guardador de hecho. Mi opinión coincide con la de FÁBREGA RUIZ y, es que cabe la posibilidad de hacer responsable al guardador de hecho, pero ha de concurrir culpa o negligencia del mismo.

6. EL PRINCIPIO DE NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y SUFICIENCIA EN LA FIGURA DE LA GUARDA DE HECHO

Todas las medidas de apoyo a las personas con discapacidad que se adopten deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad (art. 248 Anteproyecto), para que la persona pueda ejercitar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás en todos los aspectos de la vida.

El principio de suficiencia se observa cuando la guarda de hecho se convierte en una propia institución jurídica de apoyo, dejando de ser una situación provisional y, así se contribuye a una efectiva y adecuada salvaguarda de los derechos de la persona discapacitada.

El principio de necesidad se observa en que la nueva regulación otorga preferencia a las medidas preventivas, es decir, a las que pueda tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, ya que, todos somos susceptibles de sufrir una discapacidad que afecte a nuestra capacidad de toma de decisiones.

El principio de proporcionalidad se deduce del art. 12 de la Convención, ya que establece que se debe garantizar que las salvaguardas tomadas en consideración sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

En definitiva, como SANTOS URBANEJA defiende el nuevo sistema es menos formalista que el actual, más humano, más realista, más científico, más eficaz y, sobre todo, más respetuoso con los derechos y la dignidad de las personas con

Discapacidad, actuando al propio tiempo como un estímulo a su autonomía y autoestima²⁹.

V. PERSPECTIVA DE LA GUARDA DE HECHO EN ARAGÓN

Como punto de partida, la Comisión Aragonesa de Derecho civil, afirma que “en el día a día son muy habituales supuestos de discapacitados, mayores de edad y no incapacitados, que de hecho se encuentran bajo el cuidado de algún familiar directo, que, en un momento determinado, hay que dar una solución a una situación jurídica negocial”. Y, en este contexto, “cada día son numerosos los casos en los que un familiar acude a la guarda de hecho para solucionar los problemas que se plantean con personas mayores que van perdiendo sus facultades”³⁰.

En nuestra Comunidad Autónoma ha habido numerosos informes del Justicia de Aragón en los que defiende que la función que cumple el guardador de hecho es de atención y cuidado de la persona con discapacidad. También cumple una función informadora, ya que establece las posibles responsabilidades de las residencias de ancianos como guardadores de hecho, así como de sus obligaciones (STS 17 de febrero de 2000). Los directores de éstas, especialmente de las residencias públicas, tienen la obligación de informar a la Fiscalía de la situación de una posible o no incapacitación de los residentes³¹.

Pues bien, la reforma de la guarda de hecho se llevó a cabo por el Anteproyecto de Ley de Derecho de la Persona elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil³². Tal y como señala DELGADO ECHEVERRÍA, “parece necesaria

²⁹ SANTOS URBANEJA, F., «La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad», consultado por última vez el 4 de junio de 2020, en http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=f6c1b948-c069-40fb-bd40-487ba4305777&groupId=10228.

³⁰ Cfr. Acta nº 208 de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, de 22 de junio de 2005.

³¹ Ejemplos de algunos informes son el *Informe Especial del Justicia de Aragón: Estudio sobre las personas con capacidad intelectual límite*, p. 73 o el *Informe Especial del Justicia de Aragón: Informe sobre la situación de las residencias para personas mayores en Aragón*, pp. 458-459.

³² DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Anteproyecto de Ley de Derecho de la Persona elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XI-XII, 2005-2006, pp. 395-451.

una reforma legislativa en profundidad, que aborde sistemáticamente todas las instituciones de protección de incapacitados en el Derecho aragonés”³³.

Actualmente, lo dispuesto en el Anteproyecto está traspuesto en los arts. 156 y ss. del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (en adelante CDFA).

1. GUARDADOR Y PERSONA GUARDADA

El art. 156 CDFA establece que el guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada. Así, se deduce que el guardador tiene que realizar las funciones de guarda por iniciativa propia, no pudiendo obligarlo la ley.

Si estas funciones las realizarán, por ejemplo, los abuelos, hermanos mayores, padrastro... se presume de forma automática que estamos ante una autoridad familiar, y no ante la guarda de hecho. De hecho, la figura del guardador debe ser una persona distinta de las mencionadas en la ley para el ejercicio de la autoridad familiar.

El guardador deberá poner en conocimiento del Juez el hecho de la guarda (art. 157 CDFA) y cuando la autoridad judicial tenga constancia de ello le requerirá al guardador para que le informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como de la actuación del guardador en relación con ambas circunstancias. El juez podrá establecer también todas las medidas de control y vigilancia que estime oportunas.

En cuanto a la persona guardada, debe tratarse de:

- una persona incapacitada en situación de desamparo, que no haya sido detectada por la entidad pública, o

³³ PÉREZ MONGE, M., «Regulación de la guarda de hecho en la Ley de Derecho de la Persona en Aragón», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Sofía de Salas Murillo (coord.), El Justicia de Aragón, España, 2010.

- una persona que podría ser incapacitada, es decir, una persona que, sufriendo una enfermedad o deficiencia persistente, ya sea de carácter físico o psíquico, que le impide gobernarse por sí mismo, aun cuando no está incapacitada.

2. RÉGIMEN JURÍDICO

La actuación del guardador de hecho deberá limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios. Frente a terceros actuará como representante legal.

Para su legítima actuación será suficiente con la declaración de la Junta de Parientes de la persona protegida. El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido, sin perjuicio de que los demás actos serán anulables si no fueran necesarios, salvo si redundaran en utilidad para la persona protegida. No obstante, se tiene que señalar que en la práctica no es muy habitual la realización de estos documentos.

Autores como DE SALAS MURILLO están debatiendo otros medios para acreditar el carácter de guardador de hecho, siendo el más común una resolución judicial, que declare frente a terceros la existencia de dicha situación³⁴. Este debate viene existiendo aún desde 2006, cuando se empezó a discutir también sobre un decreto del Ministerio Fiscal, un acto notarial de notoriedad o el nombramiento como guardador de hecho del Director técnico de centros residenciales o sanitarios en los que la persona se encontrase internado³⁵. Por último, el artículo 73 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil prevé expresamente la posibilidad de anotar en el Registro Civil la existencia de un guardador y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto de una persona con discapacidad.

Analizando el Código del Derecho Foral de Aragón más detenidamente, se debe hablar de la obligación de informar de la situación de la persona y los bienes del guardado, así como de las actuaciones del guardador respecto a ello. El guardador deberá atender a esta obligación cuando el juez así se lo requiera. Además, deberá atender a este requerimiento, ya que la regulación aragonesa es imperativa.

³⁴ DE SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003, p. 253.

³⁵ Cfr. FÁBREGA RUIZ, La guarda de hecho..., cit., pp. 89-90.

No obstante, no existe obligación de notificar al juez de la existencia de la guarda, por lo que, existe un problema en la práctica. Es decir, el juez no podrá requerir informar de una situación de la que no tiene constancia, ya que, el guardador solo interviene en el momento de incapacitar a una persona o al rendir cuentas, previo conflicto. Por esta razón, las medidas de control y vigilancia que pueda considerar la autoridad judicial oportunas no surtirán efecto con carácter preventivo.

Por todo ello, parece que únicamente se van a aplicar las medidas de control y vigilancia cuando el guardador no haya cumplido debidamente con sus obligaciones y será en ese momento cuando el juez tendrá constancia de la existencia de la guarda de hecho y podrá imponerle la obligación de rendir cuentas.

Para solucionar este problema, autores como PARRA LUCÁN consideran que pueden proporcionar esta información otras personas, como cualquier pariente o persona interesada. Asimismo, el Justicia de Aragón estableció que los directores de residencias públicas sí tienen la obligación de poner en conocimiento de la Fiscalía la existencia de la guarda de hecho de los internos.

En cuanto a los límites que debe respetar el guardador, éste sólo podrá actuar cuidando a la persona guardada y realizando los actos de administración de sus bienes que sean necesarios. Así se resuelve, también, el debate respecto de si existe o no representación legal, ya que, en el artículo 159 CDFA se señala expresamente que “la realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal”. El acto será necesario si así lo establece la Junta de Parientes.

Como defiende PARRA LUCÁN, coincidiendo con su opinión, “se trata de una regulación novedosa que permitirá atender a la realidad social de las personas incapaces que no están incapacitadas. La intervención de la Juntas de Parientes garantiza la imparcialidad de la decisión de quien está actuando de hecho, sin tener atribuida una función tutelar. También ofrece garantía suficiente a los terceros, que podrán confiar en la validez del acto que celebran con el guardador”³⁶.

En el preámbulo del CFDA se establece que los actos declarados necesarios por la Junta de Parientes serán válidos, aunque hayan causado un perjuicio a la persona guardada. También serán válidos si redundan en utilidad para la persona protegida.

³⁶ PARRA LUCÁN, M. A., «La guarda de hecho», en *Manual de Derecho Civil aragonés*, DELGADO ECHEVERRÍA (dir.), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007.

En este punto se plantea la duda de si el guardador puede realizar actos de disposición si dicho acto ha resultado útil para la persona guardada. Puede haber dos soluciones al problema:

- La primera solución es la defendida por SERRANO GARCÍA, que establece que los actos del guardador se limitan solo a los actos de administración ordinaria. No tiene legitimación para la realización de negocios ajenos. Es una interpretación estricta.
- La segunda solución es que, aun cuando se limite la actuación del guardador a los actos de administración, se podrán entender válidos los actos de disposición porque se señala que “los demás actos serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida”, es decir, si los actos de disposición redundan en utilidad serán válidos.

A mi parecer, la solución que mejor se ajusta al CDFA es la primera, aunque hay un sector de la doctrina aragonesa que defiende que, tanto en la regulación estatal como en la aragonesa, no se ha querido limitar la actuación del guardador solo a los actos de administración. Por ejemplo, FÁBREGA RUIZ expone que el guardador no solo puede realizar actos en la esfera personal de la persona guardada, sino también actos de carácter patrimonial, sean estos meramente conservativos o de administración, e incluso dispositivos, para que así puede atender mejor a la realidad social³⁷.

En cuanto a la anulabilidad, sólo la podrá ejercitar aquella persona a quien el Derecho trata de proteger, no la otra parte contratante.

Respecto a la responsabilidad del guardador, el Código del Derecho Foral de Aragón no añade una regulación específica al respecto, por ello, se deberá aplicar la normativa general del CC. Por último, me parece importante destacar lo que indica PARRA LUCÁN cuando señala que siempre será posible la impugnación de la celebración de los actos, así como la exigencia de las oportunas responsabilidades cuando no concurren los presupuestos legales para la legítima actuación del guardador.

³⁷ Cfr. FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho...*, cit., pp. 56-57.

VI. CONCLUSIONES

Primera: La guarda de hecho es uno de los mecanismos más empleados para la protección de las personas con discapacidad. Tiene gran importancia tanto en la vida diaria como, por supuesto, en la vida social, por lo que, el ordenamiento jurídico español ha ido adaptándose a los cambios sociales, para ofrecer una protección eficaz a estas personas.

No obstante, y debido a su frecuente uso, esta institución de hecho provoca desconfianza por el desconocimiento social, ya que gran parte de la población son legos en derecho y en las formalidades jurídicas.

También hay que añadir que uno de los principales problemas de la guarda de hecho es su escasa regulación, tanto en la legislación estatal como en la aragonesa, reforzándose la idea de una regulación más completa y precisa. En este punto viene a solucionar este problema la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, obligando a los estados a actualizar o completar su regulación al respecto.

Segunda: Esta Convención conlleva realizar cambios normativos en España. Así surge el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad, que tiene como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos y libertades, así como promover el respeto de su dignidad inherente y dejar de considerar a las personas con discapacidad como un grupo de la población marginal. Se asienta el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas en todos los aspectos de su vida y se consolida el carácter estable de la guarda de hecho, acabando así con una situación provisional.

Tercera: La adaptación de la Convención al ordenamiento jurídico español no es fácil, ya que se tiene que modificar numerosos cuerpos legales de Derecho interno, no obstante, es necesaria llevarla a cabo para actualizar la normativa a la realidad social del momento.

Cuarta: La regulación española sienta las bases de un nuevo sistema basado en el respecto a la dignidad de la persona con discapacidad, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto de su libre voluntad, así como ofrecerles las medidas de apoyo que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica, conforme a los

principios de necesidad y proporcionalidad. Predomina en el vigente ordenamiento jurídico la sustitución en la toma de decisión que afecta a las personas con discapacidad, por otra persona, pero siempre de acuerdo con la voluntad y preferencia de la persona quien será la encargada de tomar sus propias decisiones.

Aunque la nueva regulación plantea ciertos debates y dudas, bien es cierto que la guarda de hecho es una verdadera institución jurídica de apoyo para proporcionar una protección eficaz a la persona guardada, mientras que el guardador ayuda a la persona protegida a decidir por sí mismo, sin suplantar su voluntad.

Quinta: El régimen de la guarda de hecho en Aragón también sufre cambios. Los cambios vienen de la mano del Anteproyecto de Ley de Derecho de la Persona elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, aunque actualmente este anteproyecto se ha traspuesto en el Código del Derecho Foral Aragonés. En la legislación autonómica la guarda sigue siendo definida por su carácter transitorio y tiene gran importancia la Junta de Parientes, ya que es la institución que reconoce validez a los actos del guardador.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. 1. Libros:

DE SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003.

DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M.V. (dirs.), en *Claves para la Adaptación del Ordenamiento Jurídico Privado a la Convención de Naciones Unidas en Materia de Discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces y Fundación Aequitas, Madrid, 2006.

LESCANO FERIA, P.A., *La guarda de hecho*, Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, Madrid, 2017.

PARRA LUCÁN, M. A., «La guarda de hecho», en *Manual de Derecho Civil aragonés*, DELGADO ECHEVERRÍA (dir.), Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007.

PÉREZ MONGE, M., «Regulación de la guarda de hecho en la Ley de Derecho de la Persona en Aragón», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Sofía de Salas Murillo (coord.), El Justicia de Aragón, España, 2010.

1. 2. Revistas:

DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Anteproyecto de Ley de Derecho de la Persona elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XI-XII, 2005-2006, pp. 395-451.

GARCÍA RUBIO, M. P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 29-60.

MAGARIÑOS BLANCO, V., «Comentarios al Anteproyecto de ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 199-225.

PAU, A., «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 5-28.

PEREÑA VICENTE, M., «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley», en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 61-83.

1. 3. Informes:

Informe de la Comisión por los Derechos Humanos: ¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, Estrasburgo, 2012.

Informe Especial del Justicia de Aragón: Informe sobre la situación de las residencias para personas mayores en Aragón, 2007.

2. LEGISLACIÓN

2.1. Normas internacionales:

Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España.

Observación General nº 1 del Comité de los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas.

2.2. Normas europeas:

Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015, Number 64 of 2015.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010.

Código Civil Francés.

Código Civil Suizo.

2.3. Normas nacionales:

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Constitución Española aprobada el 6 de diciembre de 1978.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

2.4. Norma de Aragón:

Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

3. JURISPRUDENCIA

3.1. Tribunal Supremo:

STS 145/2000 de 17 de febrero (Id Cendoj: 28079110012000101738)

STS 282/2009, de 29 de abril (Id Cendoj: 28079110012009100273)

STS 421/2013, de 24 de junio (Id Cendoj: 28079110012013100370)

STS 597/2017, de 8 de noviembre (Id Cendoj: 28079110012017100572)

STS 530/2017, de 27 de septiembre (Id Cendoj: 28079110012017100498)

STS 298/2017, de 16 de mayo (Id Cendoj: 28079110012017100295)

3.2. Audiencias Provinciales:

De Zaragoza:

Sentencia 28/2005, de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 18 de enero de 2005 (Id Cendoj: 50297370022005100002)

4. RECURSOS DE INTERNET

ABELLÁN GARCÍA, A., «Un perfil de las personas mayores en España, 2019. Indicadores estadísticos básicos», Informes Envejecimiento en red nº 22, consultado por última vez el 23 de mayo de 2020 en <http://envejecimientoenred.es/un-perfil-de-las-personas-mayores-en-espana-2019-indicadores-estadisticos-basicos/>.

DE SALAS MURILLO, S., «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención», consultado por última vez el 4 de junio de 2020, en https://www.researchgate.net/publication/328688525_Significado_juridico_del_apoyo_en_el_ejercicio_de_la_capacidad_juridica_de_las_personas_con_discapacidad_presente_tras_diez_anos_de_Convencion.

Derecho Romano: la Tutela y Curatela, Derechos Reales y Servidumbres, consultado por última vez el 22 de junio de 2020, en

<https://www.monografias.com/trabajos88/derecho-romano-tutela-curatela/derecho-romano-tutela-curatela.shtml>.

La tutela y la curatela en el Derecho Romano, consultado por última vez el 24 de junio de 2020, en <https://derechouned.com/historia/romano/9654-la-tutela-y-la-curatela-en-derechoromano>.

RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, M. M., «La guarda de hecho, personas mayores. Vida independiente y soluciones jurídicas», consultado por última vez el 24 de junio de 2020, en http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=a9379691-becb-4a8f-9005-88f611e57002&groupId=10228.

SANTOS URBANEJA, F., «La guarda de hecho», consultado por última vez el 26 de junio de 2020, en https://www.faisem.es/wp-content/uploads/2013/11/50_LA_GUARDA_DE_HECHO.pdf.

SANTOS URBANEJA, F., «La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad», consultado por última vez el 4 de junio de 2020, en http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=f6c1b948-c069-40fb-bd40-487ba4305777&groupId=10228.